

Publicatie

Auteurs: T.D. van der Sanden
Verschenen in: *JBPr 2022/55*
Datum: Oktober 2022
Titel: Noot bij Hof Arnhem-Leeuwarden 3 mei 2022,
ECLI:NL:GHARL:2022:3474 (*JBPr 2022/55*)

Kennis van het bestreden vonnis van UBO met uitsluitende zeggenschap over appellante dient aan appellante te worden toegerekend

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Arnhem
3 mei 2022, nr. 200.301.878,
ECLI:NL:GHARL:2022:3474
(mr. Lieber, mr. Wattel, mr. De Waele)
Noot mr. T.D. van der Sanden

Ontvankelijkheid hoger beroep. Verschoonbaarheid termijnoverschrijding. Toerekenen kennis van UBO aan procespartij.

[Rv art. 140 lid 3, 339]

De aantoonbare kennis van het bestreden vonnis van de Ultimate Beneficial Owner (UBO) met uitsluitende zeggenschap over appellante dient volgens het hof aan appellante te worden toegerekend. Dat heeft gevolgen voor de ingangsdatum van de appeltermijn.

De rechtspersoon naar het recht van Luxemburg Zaphira S.A. te Luxemburg, appellante,
in eerste aanleg: gedaagde,
hierna: Zaphira,
advocaat: mr. J.J. Douwes,
tegen de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid St. Elmo's Fire B.V. te Deventer,
geïntimeerde,
in eerste aanleg: eiseres,
hierna: St. Elmo's Fire,
advocaat: mr. A. Schennink.

*1. Het verdere verloop van het geding in hoger beroep
(...; red.)*

2. De ontvankelijkheid van het hoger beroep

Samenvatting en beslissing

2.1. Op 22 januari 2020 heeft de rechtbank Gelderland, zittingsplaats Zutphen, vonnis gewezen in de zaak tussen St. Elmo's Fire (als eiseres) aan de ene kant en [naam1] (hierna: [naam1]) en Zaphira (als verweersters) aan de andere kant. Zaphira is het niet eens met het vonnis van 22 januari 2020 en heeft daarom hoger beroep ingesteld. De hoger beroepdagvaarding is op 10 december 2020 uitgebracht. Het hof heeft Zaphira in de gelegenheid gesteld zich bij akte uit te laten over haar ontvankelijkheid. Na de aktewisseling over dit onderwerp heeft, op verzoek van Zaphira, een mondelinge behandeling plaatsgevonden.

2.2. Zaphira neemt het standpunt in dat zij tijdig in hoger beroep is gekomen, omdat zij, nadat zij bekend werd met voornoemd vonnis, alsnog binnen een redelijke termijn hoger beroep heeft ingesteld. Voor het bepalen van die redelijke termijn verwijst Zaphira naar de termijn van acht weken die volgens haar zou hebben gegolden indien tegen het vonnis verzet, in plaats van hoger beroep, zou hebben opengestaan.

2.3. St. Elmo's Fire voert aan dat in deze procedure geen verzet, maar uitsluitend hoger beroep openstond en dat daarom als redelijke termijn voor een verschoonbare termijnoverschrijding een periode van veertien dagen geldt. Volgens St. Elmo's Fire was Zaphira al op 6 mei 2020, of in ieder geval op of omstreeks 29 oktober 2020 bekend met het vonnis van 22 januari 2020. Zaphira heeft volgens St. Elmo's Fire dan ook te laat hoger beroep ingesteld en dient daarom niet-ontvankelijk te worden verklaard. Het hof is het daarmee eens en komt tot het oordeel dat Zaphira niet in het door haar ingestelde hoger beroep kan worden ontvangen. Het hof zal hierna uitleggen waarom.

Beoordeling

2.4. Het hof stelt vast dat in de procedure in eerste aanleg twee partijen zijn gedagvaard. Dat zijn [naam1] en Zaphira. Zaphira is in de procedure in eerste aanleg niet verschenen en tegen haar is verstek

verleend. [naam1] is wél in de procedure verschenen. Als een gedaagde bij verstek wordt veroordeeld, geldt als hoofdregel dat deze daartegen in verzet kan komen (artikel 143 lid 1 Rv). Wanneer er echter meerdere gedaagden zijn en ten minste één van hen in het geding is verschenen, dan wordt tussen alle partijen één vonnis gewezen dat als een vonnis op tegenspraak wordt beschouwd (artikel 140 lid 3 Rv). Het gevolg daarvan is dat voor alle partijen, dus ook voor de niet verschenen partijen, geen verzet maar hoger beroep open staat. In deze zaak betekent dat concreet dat voor Zaphira het rechtsmiddel van hoger beroep openstond om haar bezwa(a)r(en) tegen het vonnis van 22 januari 2020 naar voren te brengen. Anders dan Zaphira aanvoert, bestaat geen reden om aansluiting te zoeken bij de termijn die geldt voor een verzetsprocedure.

2.5. De termijn voor het instellen van hoger beroep is drie maanden, te rekenen vanaf de dag van het vonnis (artikel 339 Rv). Zaphira heeft ruim 11 maanden na de dag van het vonnis hoger beroep ingesteld, zodat zij in beginsel niet-ontvankelijk is in haar hoger beroep.

2.6. Het moet duidelijk zijn wanneer een beroepstermijn eindigt. Wie te laat hoger beroep instelt, is niet-ontvankelijk in dat hoger beroep. Dat kan alleen bij uitzondering anders zijn als degene die hoger beroep instelt buiten zijn schuld niet op de hoogte was of redelijkerwijs kon zijn van het begin en einde van de beroepstermijn. In deze zaak is de inleidende dagvaarding niet in persoon aan Zaphira betekend en is het vonnis van 22 januari 2020 niet voor het verstrijken van de beroepstermijn op 22 april 2020 aan Zaphira bekend geworden. In zo'n geval kan Zaphira, ook al is de beroepstermijn verstreken, toch nog ontvankelijk zijn. Zij moet haar hoger beroep dan wel instellen binnen een termijn van veertien dagen die begint op de dag na die waarop het vonnis aan haar in persoon is betekend of waarop zij met dat vonnis bekend is geraakt.¹

2.7. Het is aan Zaphira om voldoende gemotiveerd te stellen dat zij op een bepaald moment bekend is geworden (door betekening of op een andere wijze) met het vonnis. Zaphira stelt dat mr. Watte (die kantoor houdt op het adres waar ook

Zaphira is gevestigd) op of omstreeks 29 oktober 2020 een kopie heeft ontvangen van een ander tegen Zaphira gewezen vonnis, namelijk het (verstek)vonnis van 14 oktober 2020. Volgens Zaphira is het haar pas bij de voorbereiding van het verzet tegen dat vonnis duidelijk geworden dat er op 22 januari 2020 ook een ander vonnis was geweest tussen Zaphira en St. Elmo's Fire. Dit vonnis was haar niet bekend en dit vonnis is volgens haar ook nooit aan haar betekend. Zaphira betwist dat de betekening op het kantooradres van mr. Watte heeft te gelden als een betekening in persoon aan Zaphira. Zij legt het exploit van 26 oktober 2020 over waarin staat dat het vonnis van 14 oktober 2020 ter betekening is verzonden aan de ontvangende instantie in Luxemburg (productie 3 bij akte).

2.8. Het hof stelt vast dat Zaphira niet concreet heeft gesteld op welke datum zij bekend werd met het vonnis van 22 januari 2020. Zaphira stelt uitsluitend dat zij niet méér dan veertien dagen voor 10 december 2020 heeft kennisgenomen van de inhoud van het bestreden vonnis, dat zij daarom binnen een redelijke termijn hoger beroep heeft ingesteld en dat zij daarom kan worden ontvangen in hoger beroep. Ter zitting heeft de advocaat van Zaphira verklaard dat hij het vonnis ergens in de periode van twee weken voor 10 december 2020 zal hebben ontvangen, omdat hij de jurisprudentie kent en dus weet binnen welke termijn het hoger beroep in deze situatie moet worden ingesteld. De datum waarop hij het vonnis daadwerkelijk heeft ontvangen, blijft daarmee onduidelijk. Bovendien blijft onduidelijk wanneer en hoe Zaphira zelf precies bekend is geworden met de inhoud van het vonnis. Het had op de weg van Zaphira gelegen om daarover duidelijkheid te verschaffen. Het hof kan bij deze stand van zaken niet vaststellen dat Zaphira met het uitbrengen van de dagvaarding in hoger beroep van 10 december 2020 tijdig in hoger beroep is gekomen.

2.9. Daarnaast geldt nog het volgende. St. Elmo's Fire heeft aangevoerd dat [naam2], de Ultimate Beneficial Owner (hierna: UBO) van Zaphira, in ieder geval op 6 mei 2020 al bekend was met het vonnis van 22 januari 2020. Dat blijkt uit de e-

¹ Hoge Raad 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2894.

mailcorrespondentie die is gevoerd tussen [naam2] en de advocaat van St. Elmo's Fire. Zaphira heeft niet betwist dat [naam2] op 6 mei 2020 bekend was met het bestreden vonnis. Het hof is van oordeel dat de kennis van [naam2] aan Zaphira dient te worden toegerekend. Het hof baseert dat oordeel op de uitdrukkelijke en ondubbelzinnige bevestiging door [naam2] in zijn mail van 4 april 2018 aan mr. T. Jansen van punt 2 in de mail van mr. Jansen aan [naam2] van 28 maart 2018. Onder punt 2 staat het volgende beschreven:

"2. [naam2] heeft, als UBO en degene met uitsluitende zeggenschap over Zaphira, toegezegd dat Zaphira volledige medewerking zal verlenen aan de voldoening van de opeisbare vorderingen van STEF van in totaal € 654.900, onder welke medewerking mede is begrepen de overdracht aan STEF van Zaphira's vorderings- en zekerheidsrechten, voortvloeiend uit de Hypotheekakte onder de voorwaarde dat [naam1] en hem een redelijke, nader overeen te komen, termijn wordt gegund om de Woning te herfinancieren."

Uit het voorgaande blijkt dat [naam2] UBO is van en uitsluitende zeggenschap heeft over Zaphira en in die hoedanigheid al eerder uitdrukkelijk namens Zaphira betaling aan St. Elmo's Fire had toegezegd. Zijn kennis moet daarom aan Zaphira worden toegerekend. De tegenwerping van [naam2] tijdens de mondelinge behandeling dat Lexence (het advocatenkantoor dat St. Elmo's Fire bijstaat) de e-mail heeft gedictieerd doet daaraan niet af, omdat dit niet wil zeggen dat de inhoud ervan onjuist is. [naam2] heeft daarover ook niets gesteld, anders dan dat hij formeel geen bestuurder is van Zaphira. Gelet op het voorgaande staat vast dat Zaphira op of omstreeks 6 mei 2020, en dus in ieder geval méér dan veertien dagen voor 10 december 2020 (de datum van de dagvaarding in hoger beroep) heeft kennisgenomen van de inhoud van het bestreden vonnis.

2.10. Het voorgaande leidt tot het oordeel dat Zaphira niet-ontvankelijk is in het door haar ingestelde hoger beroep. Het hof komt daarom niet toe aan een inhoudelijke behandeling van de zaak.

2.11. Zaphira zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de proceskosten van het hoger beroep. Deze

kosten zullen aan de zijde van St. Elmo's Fire worden vastgesteld op € 863,32 aan verschotten (waaronder € 760,00 aan griffierecht en € 103,32 in verband met het uitbrengen van het exploit van anticipatie) en € 1.671,00 (1,5 punt x tarief II) voor salaris advocaat overeenkomstig het liquidatietarief.

3. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep: verklaart Zaphira niet-ontvankelijk in haar hoger beroep van het vonnis van de rechtbank Gelderland, zittingsplaats Zutphen van 22 januari 2020; veroordeelt Zaphira in de kosten van het hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van St. Elmo's Fire begroot op € 863,32 aan verschotten en € 1.671,00 voor salaris advocaat overeenkomstig het liquidatietarief.

NOOT

1. Deze zaak draait, kort gezegd, om de vraag of de in eerste aanleg bij verstek veroordeelde rechtspersoon tijdig hoger beroep heeft ingesteld. Het hof komt via een overtuigende motivering, gebaseerd op het niet-ontvankelijkheidsverweer van de geïntimeerde, tot de conclusie dat dit niet het geval is. Het hof had het zich, naar mijn mening, nog iets gemakkelijker kunnen maken.

2. De casus is als volgt. Zaphira S.A., een rechtspersoon naar het recht van Luxemburg (hierna: appellante), is bij vonnis van 22 januari 2020 in eerste aanleg bij verstek veroordeeld. Haar medegedaagde was in eerste aanleg wel verschenen en daarom geldt het vonnis ook ten opzichte van appellante als vonnis op tegenspraak waartegen alleen het rechtsmiddel van hoger beroep openstaat (art. 140 lid 3 jo. lid 1 Rv). De appeltermijn verstreek op 22 april 2020 (art. 339 lid 1 Rv), desondanks heeft appellante pas op 10 december 2020 hoger beroep ingesteld, dus ruim 11 maanden na datum vonnis. Het hof heeft partijen in de gelegenheid gesteld om zich bij akte uit te laten over de ontvankelijkheid van appellante en heeft vervolgens een mondelinge behandeling bepaald. Appellante heeft onder meer aangevoerd, zo maak ik uit het arrest op, dat de inleidende dagvaarding niet in persoon is betekend en het vonnis aan haar niet bekend is geworden voorafgaand aan het verstrijken van de appeltermijn.

Volgens appellante is zij tijdig in hoger beroep gekomen omdat zij, nadat zij bekend werd met het vonnis van 22 januari 2020, alsnog binnen een redelijke termijn hoger beroep heeft ingesteld. St. Elmo's Fire B.V. (hierna: geïntimeerde) heeft onder meer aangevoerd dat appellante al op 6 mei 2020 bekend was met het vonnis van 22 januari 2020 en dat zij dus te laat hoger beroep heeft ingesteld. Het hof komt tot het oordeel dat de termijnoverschrijding door appellante niet verschoonbaar was en heeft haar niet-ontvankelijk verklaard.

3. Hoe zat het ook alweer met verschoonbare termijnoverschrijdingen? Uitgangspunt is dat in het belang van een goede rechtspleging aan beroepstermijnen strikt de hand wordt gehouden, waarbij slechts onder bijzondere omstandigheden plaats is voor een uitzondering (zie o.m. HR 21 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:413, *NJ* 2014/131). Een van de uitzonderingen die de Hoge Raad op dit uitgangspunt heeft aanvaard betreft de groep gevallen waarin een appellant pas na of zeer kort voor het verstrijken van de beroepstermijn wetenschap krijgt van een voor hem nadelige beslissing, waardoor hij geen (reële) mogelijkheid heeft daartegen een rechtsmiddel aan te wenden (zie o.m. HR 25 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4936, *NJ* 2000/509, m.nt. Snijders (*Stienstra Holding/Weijters*) en HR 27 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8693, «JBPr» 2012/3, m.nt. Hovens (*Veco Lasconstructie VOF*); zie voor een overzicht van alle door de Hoge Raad aanvaarde uitzonderingen *Asser Procesrecht/Bakels, Hammerstein & Wesseling-van Gent 4* 2018/40). Een voorbeeld van een dergelijk geval is een complicatie die zich kan voordoen bij de in deze zaak aan de orde zijnde fictie van art. 140 lid 3 Rv dat jegens de niet-verschenen gedaagde(n) sprake is van een op tegenspraak gewezen vonnis. Deze fictie leidt ertoe dat alle partijen – ook de niet-verschenen gedaagde(n) – hoger beroep moeten instellen en brengt het risico met zich dat de niet-verschenen gedaagde(n) aan wie de dagvaarding niet in persoon is betekend, pas van het veroordelende vonnis kennisneemt/kennisnemen nadat de appeltermijn is verstreken. Volgens de Hoge Raad mag de toepassing van art. 140 en 339 Rv in een concreet geval niet tot gevolg hebben dat het recht op toegang tot de rechter in de kern wordt aangetast. Daarom

is overschrijding van de appeltermijn niet zonder meer fataal in het geval waarin de inleidende dagvaarding niet in persoon is betekend, en het vonnis aan de bij verstek veroordeelde niet bekend is geworden voorafgaand aan het verstrijken van de appeltermijn. Niet-ontvankelijkverklaring wegens termijnoverschrijding moet dan achterwege blijven indien de veroordeelde hoger beroep heeft ingesteld binnen een redelijke termijn. Die termijn bedraagt veertien dagen – of zoveel minder als overeenstemt met een kortere wettelijke beroepstermijn – en vangt aan op de dag volgend op die waarop het vonnis aan de veroordeelde in persoon is betekend dan wel deze anderszins met het vonnis bekend is geraakt (HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2894, «JBPr» 2015/56 (*Van Slijter/Van Soest B.V.*), herhaald in HR 5 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1470, «JBPr» 2015/61, m.nt. Van Rijssen).

4. Terug naar het arrest. Het hof overweegt onder verwijzing naar het hiervoor besproken arrest van de Hoge Raad van 3 oktober 2014 dat nu de inleidende dagvaarding niet in persoon aan appellante is betekend en het vonnis van 22 januari 2020 niet voor het verstrijken van de beroepstermijn op 22 april 2020 aan haar bekend is geworden, zij toch nog ontvankelijk kan zijn, mits zij haar hoger beroep heeft ingesteld binnen een termijn van veertien dagen die begint op de dag na die waarop het vonnis aan haar in persoon is betekend of waarop zij met dat vonnis bekend is geraakt (zie r.o. 2.6). Het is aan appellante, aldus het hof, om voldoende gemotiveerd te stellen dat zij op een bepaald moment bekend is geworden met het bestreden vonnis (zie r.o. 2.7).

5. Het problematische in deze zaak is dat appellante zich enkel op het standpunt heeft gesteld dat zij niet méér dan veertien dagen voor het uitbrengen van het appelexploot heeft kennisgenomen van de inhoud van het bestreden vonnis, dat zij daarom binnen een redelijke termijn hoger beroep heeft ingesteld en dat zij zodoende kan worden ontvangen in hoger beroep. Door de advocaat van appellante is ter zitting verklaard dat hij het vonnis ergens in de periode van twee weken voor 10 december 2020 zal hebben ontvangen, omdat hij de jurisprudentie kent en dus weet binnen welke termijn het hoger beroep in deze situatie moet worden ingesteld. Hiermee blijft, kortom, in het midden

wanneer en hoe appellante met de inhoud van het vonnis bekend is geraakt en komt het hof tot de conclusie dat het niet kan vaststellen of appellante tijdig in hoger beroep is gekomen (zie r.o. 2.8). Het hof had appellante niet-ontvankelijk kunnen verklaren omdat zij onvoldoende duidelijk had gemaakt wanneer en hoe zij met het bestreden vonnis bekend is geraakt, en daarom onvoldoende gemotiveerd heeft gesteld waarom het appel als tijdig ingesteld moest worden beschouwd.

6. Het hof kiest echter voor een andere route. Door geïntimeerde is aangevoerd dat uit de e-mailcorrespondentie die is gevoerd tussen de Ultimate Beneficial Owner (hierna: UBO) van appellante en de advocaat van geïntimeerde volgt dat de UBO in ieder geval op 6 mei 2020 bekend was met het vonnis van 22 januari 2020 en dus ruim voor het uitbrengen van het appel heeft kennisgenomen van de inhoud van het bestreden vonnis, hetgeen door appellante niet is betwist. Volledigheidshalve merk ik op dat uit het arrest niet duidelijk wordt hoe de UBO van appellante heeft kennisgenomen van het bestreden vonnis. Voor aanvang van de verlenging van de beroepstermijn is volgens de Hoge Raad geen daad van bekendheid vereist. Beslissend is wanneer een partij met het vonnis bekend is geraakt (zie ook Van Rijssen in zijn annotatie onder 15 bij HR 5 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1470, «JBPr» 2015/61). Het hof heeft geoordeeld dat de kennis van het bestreden vonnis van de UBO aan appellante dient te worden toegerekend omdat – aldus het hof – uit de e-mailcorrespondentie tussen de UBO en de advocaat van geïntimeerde eveneens volgt dat de UBO uitsluitende zeggenschap heeft over appellante (zie r.o. 2.9). Het hof past hier het ondernemingsrechtelijke leerstuk van de toerekening van kennis aan de rechtspersoon toe (zie over dit onderwerp uitgebreid B.M. Katan, Toerekening van kennis aan rechtspersonen (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2017). Of bepaalde kennis van de handelende persoon aan de rechtspersoon wordt toegerekend wordt bepaald aan de hand van het Kleuterschool Babbel-criterium, inhoudende dat kennis aan de rechtspersoon wordt toegerekend indien de verkeersopvattingen dat met zich brengen. Een belangrijk gezichtspunt in dit verband is de positie van de handelende persoon binnen de rechtspersoon. Indien deze

beslissende invloed heeft of kan hebben zullen de verkeersopvattingen veelal meebrengen dat de betreffende kennis aan de rechtspersoon wordt toegerekend (zie o.m. concl. A-G Timmerman onder 3.7 voor HR 5 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AK4847, NJ 2004/506). Voor toerekening van kennis hoeft volgens de Hoge Raad geen sprake te zijn van kennis van een formele bestuurder. Toerekening kan ook plaatsvinden als iemand als 'ultimate beneficiary' volledige zeggenschap heeft over de rechtspersoon (HR 7 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2285, NJ 2017/124, m.nt. Van Schilfgaarde (*Resort of the World*)). Op het oordeel van het hof valt in het licht van het voorgaande weinig af te dingen: de UBO heeft uitsluitende zeggenschap over appellante en derhalve brengen de verkeersopvattingen mee dat de kennis van het bestreden vonnis van de UBO aan appellante moet worden toegerekend. Dat de UBO van appellante formeel geen bestuurder is, zoals door appellante is aangevoerd, is zoals hiervoor bleek niet relevant.

7. Het arrest maakt niet duidelijk wat voor het hof de aanleiding is geweest deze alternatieve motivering aan zijn beslissing ten grondslag te leggen. Mogelijk zag het in het niet-ontvankelijkheidsverweer van de geïntimeerde een sterker argument of wilde het een signaal afgeven richting appellante. Hoe het ook zij: het hof heeft zijn beslissing overtuigend, inhoudelijk, beargumenteerd, maar had de niet-ontvankelijkheid ook op een iets eenvoudiger wijze, op basis van de stelplicht, kunnen onderbouwen.

mr. T.D. van der Sanden
Promovendus aan de Universiteit Leiden